

L'adempimento del terzo come “nuova” ipotesi di obbligazione naturale?

Luigi Follieri

Ricercatore di Diritto privato

SINTESI

a) Gli aspetti non disciplinati dalla fattispecie regolata dall'art. 1180 c.c.

La fattispecie regolata dall'art. 1180 c.c. non disciplina i rapporti tra il debitore ed il terzo adempiente, sicché, qualora il terzo non abbia pagato in virtù di un titolo preesistente o concomitante all'adempimento, si pone il problema di individuare la causa giustificativa dello spostamento patrimoniale intervenuto e la conseguente azione che il *solvens* possa esercitare per ripetere quanto prestato, specie nelle ipotesi in cui, nonostante risulti l'avvenuto pagamento ad opera del terzo del debito altrui, manchi, tuttavia, la prova dell'esistenza di un rapporto sottostante in ragione del quale è stato effettuato il pagamento.

b) Le diverse soluzioni prospettabili

Diverse sono le soluzioni prospettabili per la risoluzione della questione. Esse spaziano: dalla configurabilità di un indebito soggettivo *ex latere solventis*, al ricorso al meccanismo surrogatorio; dalla gestione di affari altrui, all'esperibilità dell'azione generale di arricchimento senza causa.

c) La giurisprudenza della Suprema Corte e le possibili conseguenze applicative del principio da essa sancito

La Suprema Corte ha statuito che la disposizione dettata dall'art. 1180 c.c. non conferisce titolo al terzo adempiente per agire nei confronti del debitore al fine di ripetere la somma versata in adempimento, essendo necessario, a tal fine, che sia allegato e dimostrato il rapporto sottostante tra terzo e debitore, non essendo sufficiente l'effettiva dimostrazione dell'avvenuto pagamento ad opera del terzo. L'interprete deve però interrogarsi sulle eventuali conseguenze applicative del principio sancito dalla Cassazione, specie domandandosi se possa escludersi, *sic et simpliciter*, il diritto del terzo adempiente di agire in rivalsa contro il debitore, qualora sia provato l'avvenuto pagamento, ad opera del terzo, del debito altrui.

d) Adempimento del terzo quale “nuova” ipotesi di obbligazione naturale?

Saggiando l'applicazione del principio enunciato dalla Cassazione al caso dell'amico che, per mero spirito di amicizia, provveda a pagare il debito altrui, sorge il dubbio che ci si possa trovare in presenza di una “nuova” ipotesi di obbligazione naturale.

» SOMMARIO

1. Il fatto
2. Le questioni e gli istituti sottesi al caso in esame
3. La fattispecie regolata dall'art. 1180 c.c. “Lacuna” della disciplina?
4. L'adempimento del terzo nei Principi di diritto europeo dei contratti
5. Affinità tra indebito soggettivo *ex parte debitoris* e adempimento del terzo. Inconfigurabilità, nel caso di specie, di un indebito *ex art. 2036 c.c.*
6. Sulla ricorrenza, nel caso in esame, di un'ipotesi di surrogazione

7. L'ipotesi di una gestione di affari altrui e l'eventuale esperibilità dell'azione generale di arricchimento
8. La soluzione del caso fornita dalla Cassazione. Osservazioni sulle conseguenze del principio sancito dalla Suprema Corte
9. Per una soluzione alternativa: un'azione di rivalsa ex art. 1180 c.c.?
10. Nasce una "nuova" ipotesi di obbligazione naturale?

1. Il fatto

Tizio conveniva Caio innanzi al Tribunale al fine di ottenere il pagamento delle somme concessegli a titolo di mutuo e con le quali aveva provveduto ad estinguere un debito di Caio nei confronti di Beta.

Il Tribunale rigettava la domanda di Tizio, dal momento che non vi era prova dell'esistenza di un contratto di mutuo con Caio e che le somme richieste da Tizio risultavano invece pagate da tale società Alfa che ne aveva chiesto la restituzione con lettera del 15.10.2008.

Su gravame proposto da Tizio, la Corte d'Appello, in riforma della sentenza impugnata, qualificando il pagamento effettuato da Tizio come adempimento del terzo (ex art. 1180 c.c.), condannava Caio alla restituzione della somma richiesta da Tizio, rilevando che il testimone Sempronio (che aveva sempre agito quale rappresentante della società Alfa e s'era qualificato, in sede testimoniale, quale liquidatore della stessa) aveva affermato di avere ottenuto da Tizio il denaro necessario a provvedere al pagamento delle cartelle esattoriali di Caio, sicché poteva desumersi non l'esistenza di un contratto di mutuo tra Tizio e Caio bensì l'estinzione di obbligazioni di Caio con denaro di Tizio, anche in considerazione del fatto che Tizio

possedeva le cartelle esattoriali emesse nei confronti di Caio, nonché le relative ricevute di pagamento.

Per valutare l'opportunità di proporre ricorso per cassazione avverso la pronuncia del Giudice di secondo grado, Caio s'interroga sulle possibilità di riuscire ad ottenere una pronuncia favorevole in sede di legittimità, in particolare domandandosi se possa ritenersi errata la pronuncia resa dalla Corte d'Appello poiché, mancando la prova dell'esistenza di un rapporto sottostante in virtù del quale Tizio aveva effettuato il pagamento, la richiesta di quest'ultimo per ottenere la restituzione delle somme sborsate non poteva giustificarsi sulla (sola) circostanza dell'effettiva dimostrazione dell'avvenuto pagamento del debito altrui ad opera di Tizio⁽¹⁾.

2. Le questioni e gli istituti sottesi al caso in esame

La questione sottesa al caso in esame appare, *prima facie*, estremamente lineare: il terzo, a seguito dell'adempimento⁽²⁾ del debito altrui, può richiedere il pagamento⁽³⁾ di quanto corrisposto al creditore in virtù della sola dimostrazione dell'intervenuto adempimento e della conseguente estinzione dell'obbligazione gravante sul debitore, oppure deve altresì provare l'esistenza di un rapporto sotto-

Nell'ipotesi di adempimento del terzo occorre stabilire come il *solvens* possa recuperare le somme effettivamente pagate al creditore

⁽¹⁾ Il caso è modellato su *Cass.*, 8.11.2007, n. 23292, in *Guida dir.*, 2008, 5, 62; in *Giust. civ.*, 2008, I, 103 ss.; e in *Obbl. e contr.*, 2008, 497 ss., con nota di A. TOMASSETTI, *Adempimento del terzo e ripetizione della prestazione*.

⁽²⁾ L'adempimento, a seconda che si privilegi l'aspetto "personale" o "patrimoniale" dell'oggetto dell'obbligazione, consiste, rispettivamente, nel comportamento (prestazione) del debitore che dà attuazione al contenuto dell'obbligazione (in tal senso, NICOLÒ, *Adempimento (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 555, il quale afferma «che non può darsi dubbio alcuno sul fatto che il debitore è tenuto a "qualcosa" di cui l'adempimento, secondo lo stesso disposto legislativo, rappresenta l'integrale attuazione. E se indichiamo quel *quid*, a cui il debitore è tenuto, come il *contenuto* dell'obbligo, allora apparirà immediatamente evidente che l'adempimento, almeno dal punto di vista funzionale, non può che qualificarsi come attuazione del contenuto dell'obbligo») o nell'esecuzione esatta della prestazione dovuta (così M. GIORGIANNI, *Pagamento (dir. civ.)*, in *Noviss. Dig. It.*, XII, Torino, 1965, 321) e dedotta in obbligazione. Entrambe tali accezioni di adempimento presentano un loro addentellato normativo, che si rinviene nel fondamentale ruolo che assume il contegno del debitore negli artt. 1176 e 1218 c.c. (teoria "personale" dell'adempimento) e nella reciprocità fra prestazione ed oggetto dell'obbligazione sancita nell'art. 1174 c.c. (teoria "patrimoniale" dell'adempimento).

⁽³⁾ Nell'attuale disciplina delle obbligazioni, il termine adempimento viene adoperato in maniera equivalente a quello di pagamento [con riferimento all'uso in sostanza indifferenziato, dei termini "adempimento" e "pagamento", per indicare l'attività solutoria del debitore, NICOLÒ, *op. cit.*, 554, afferma: «Vero è

che, se pure adempimento e pagamento non possono senz'altro essere considerati come sinonimi, la controversia terminologica, più volte sollevata, non ha seria ragion d'essere. Se nel linguaggio corrente, infatti, si è portati ad attribuire al termine *pagamento* un significato immediatamente riferibile piuttosto alle obbligazioni di dare, ed a quelle pecuniarie in particolare (così che il rapporto tra adempimento e pagamento sarebbe quello di genere a specie, in sede normativa si è effettuata una pressoché totale equiparazione dei due termini); e sempre sul rapporto che corre tra adempimento e pagamento A. DI MAJO, *Pagamento (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXI, Milano, 1981, 548, rileva come, «nel linguaggio corrente, si è portati ad attribuire al termine "pagamento" un significato riferibile alle obbligazioni di dare e, in particolare, a quelle pecuniarie; in sede normativa, tuttavia, si assiste ad una pressoché totale equiparazione tra i due termini», specificando che «la questione, tuttavia, non è meramente lessicale. Essa riguarda una precisa scelta di metodo compiuta dal codice attualmente vigente, in favore di una disciplina "generale ed astratta" dei problemi sollevati dall'adempimento delle diverse classi di obbligazioni»] e tanto – sembra – al fine di dare una trattazione generale ed astratta di tutte le classi di obbligazioni, ivi comprese quelle pecuniarie. Da ciò potrebbe argomentarsi per sostenere come, su un piano generale, sia da considerare esatto adempimento solo quello che dà attuazione al preciso obbligo dedotto in obbligazione e non quello che consista in una prestazione diversa rispetto al contenuto originario dell'obbligazione sotto un qualunque aspetto, che sia di natura qualitativa, quantitativa o che attenga al soggetto che dà attuazione al programma obbligatorio.

stante intercorrente tra lui e il debitore in base al quale ha provveduto ad effettuare il pagamento?

In sintesi, nell'ipotesi di **adempimento del terzo**, può il terzo agire contro il debitore e richiedergli la restituzione delle somme pagate al creditore sulla sola prova dell'effettivo pagamento in favore del creditore?

La risposta a quesiti del genere, tuttavia, anziché risultare anch'essa circoscritta, dischiude un'ampia serie di soluzioni plausibili, che derivano proprio dalla disamina dell'ipotesi normativa prevista dall'art. 1180 c.c.

Infatti, come qui appresso sarà evidenziato, proprio partendo dalla breve analisi dell'art. 1180 c.c., sono prospettabili un ventaglio di ipotesi per risolvere la problematica in esame.

E gli istituti che vengono in rilievo o cui, comunque, fare riferimento, spaziano dalla ripetizione dell'indebito alla surrogazione e alla gestione di affari altrui, sino ad arrivare all'arricchimento senza causa.

Occorrerà, pertanto, muovere dall'analisi dell'art. 1180 c.c., per comprendere il perché sia necessario "far visita" ad istituti differenti rispetto all'adempimento del terzo⁽⁴⁾, al fine di riuscire a fornire una risposta – che possa dirsi soddisfacente – alla questione di fondo che agita il caso oggetto di attenzione.

Una volta operata questa preliminare e necessaria osservazione, sarà possibile procedere all'individuazione delle ragioni che portano a prediligere l'una piuttosto che l'altra soluzione alla quale met-

tono capo i diversi istituti che vengono in considerazione.

3. La fattispecie regolata dall'art. 1180 c.c. "Lacuna" della disciplina?

La fattispecie descritta dall'art. 1180 c.c. – prendendo in prestito una distinzione adoperata da illustre dottrina – descrive e regola la c.d. efficacia diretta dell'adempimento del terzo, ossia «gli effetti che si producono in ordine al rapporto obbligatorio nel quale il *solvens* interviene», ma nulla dispone con riferimento all'efficacia c.d. «riflessa o secondaria» dell'adempimento del terzo la quale, invece, pertiene agli «effetti giuridici che, *in occasione* dell'adempimento del terzo, vengono a incidere sulla situazione giuridica fra *solvens* e debitore»⁽⁵⁾.

Infatti, entrambi i commi che compongono la struttura della norma regolano una fattispecie estintiva dell'obbligazione⁽⁶⁾, prevedendo, da una parte, una modalità di estinzione "soggettivamente" diversa rispetto all'estinzione cui condurrebbe la condotta del debitore (nella misura in cui è sancita l'equipollenza, a tali fini, del pagamento del terzo), dall'altra, i limiti entro i quali può operare la facoltà di rifiuto del creditore (anche in relazione al potere di opposizione del debitore all'adempimento altrui).

Quanto a quest'ultimo aspetto, invero, solo impropriamente potrebbe parlarsi di una facoltà del creditore, atteso che il suo rifiuto «impeditivo»⁽⁷⁾ potrà manifestarsi soltanto in due ipotesi: a) qualora si sia in presenza di un'obbligazione nella quale assume rilievo la persona del debitore (argomentando dalla seconda parte dell'art. 1180, 1° co., c.c.)⁽⁸⁾;

L'art. 1180 c.c. non disciplina i rapporti tra il debitore ed il terzo adempiente

⁽⁴⁾ Nello specifico, sul tema: NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milano, 1936; SCHLESINGER, *Adempimento del terzo e delegazione di pagamento*, in *Temi*, 1958, 572 ss.; MOSCATI, *Pagamento dell'indebito, adempimento del terzo e legittimazione a ripetere la prestazione* (nota a Trib. Napoli, 31.10.1966), in *Riv. dir. civ.*, 1969, II, 181 ss.; BREGOLI, *Legittimazione a ripetere l'indebito oggettivo tra adempimento del terzo e pagamento rappresentativo*, in *Giust. civ.*, 1981, I, 114 ss.; FRANGINI, *Il pagamento del terzo*, in *Comitato regionale notarile lombardo - Mutui ipotecari*, Milano, 1999, 301 ss.; TURCO, *L'adempimento del terzo*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2002; ID., *Adempimento del terzo e autonomia delle parti*, in *I mobili confini dell'autonomia privata*, Milano, 2005, 585 ss.; CICCARELLI, *L'adempimento del terzo nel delicato equilibrio degli opposti interessi*, in *Rass. dir. civ.*, 2006, 392 ss.; ALBANESE, *Profili dell'adempimento non dovuto nei rapporti trilateri: indebito soggettivo, pagamento al creditore apparente, adempimento del terzo e surrogazione legale*, in *Contratto e impresa*, 2006, 455 ss.; BRUSCHETTA, *Ancora sulla natura del pagamento del terzo: una corretta applicazione dei principi regolatori della materia* (nota a Trib. Milano, 31.5.2006, n. 6478), in *Fallimento*, 2007, 65 ss.

Specularmente alle ipotesi di adempimento "del" terzo, si collocano le ipotesi di pagamento "al" terzo, in relazione alle quali bisogna ricordare lo studio di SCHLESINGER, *Il pagamento al terzo*, Milano, 1961.

⁽⁵⁾ NICOLÒ, *op. ult. cit.*, 195, il quale, in proposito, afferma: «poiché la funzione tipica dell'adempimento del terzo è... unitaria e consiste precisamente nell'attuazione (del contenuto) del diritto del creditore, risulta evidente che gli effetti diretti e immediati del negozio, ossia quelli legati da un nesso di causalità alle dichiarazioni di volontà dei contraenti, sono soltanto quelli che si producono in ordine al rapporto obbligatorio nel quale il *solvens* interviene. Tali conseguenze giuridiche, im-

mediate e volontarie, costituiscono il risultato tipico del negozio e integrano quella che possiamo chiamare l'efficacia diretta del negozio di adempimento del terzo. Invece gli effetti giuridici che, *in occasione* dell'adempimento del terzo, vengono a incidere sulla situazione giuridica fra *solvens* e debitore, non sono conseguenze dirette e immediate del negozio, ma rappresentano effetti ulteriori e mediati di esso, che si producono automaticamente, e rispetto ai quali il negozio di adempimento rappresenta non la fonte immediata (e quindi volontaria) ma solo un fatto giuridico al quale la norma li ricollega esclusivamente per virtù propria».

⁽⁶⁾ Sull'argomento delle modalità e delle fattispecie che producono l'estinzione dell'obbligazione cfr., in generale, su tutti, ALLARA, *Le fattispecie estintive del rapporto obbligatorio*, Torino, 1952 e P. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione dell'obbligazione diversi dall'adempimento*, in *Comm. Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1975.

⁽⁷⁾ A parlare di rifiuto «impeditivo», distinguendolo dal rifiuto «eliminativo», è G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969, 165 ss. (ora anche in una 2ª rist. anastatica, Milano, 2008, con prefazione di G.B. FERRI, *L'art. 1333 c.c. e le idee di Giuseppe Benedetti*), il quale utilizza tale distinzione al fine di sottolineare come il rifiuto del primo tipo (impeditivo) eviti la produzione degli effetti propri della fattispecie considerata, mentre quello del secondo tipo (rifiuto eliminativo) recida effetti già prodottisi.

⁽⁸⁾ M. GIORGIANNI, *op. cit.*, 330 s., con riferimento alla formula «interesse a che il debitore esegua personalmente la prestazione» (utilizzata dall'art. 1180, 1° co., c.c.), sostiene che si tratta di «una espressione abbastanza elastica, il cui contenuto normativo, pertanto, non è rigido: lo stabilire, invero, in quali casi il creditore ha interesse a che il debitore esegua personalmente la prestazione, non può essere certo racchiuso in una formula, ma

b) nel caso in cui il debitore si sia opposto all'adempimento offerto dal terzo (art. 1180, 2° co., c.c.). La disposizione analizzata – situata tra quelle sull'adempimento delle obbligazioni in generale – descrive, quindi, una modalità di adempimento dell'obbligazione soggettivamente diversa, attribuendole indiscusso (dal momento che si sarebbe potuto pensare ad un'ammissibilità della figura pur in mancanza di espressa considerazione positiva) diritto di cittadinanza all'interno del nostro ordinamento e disciplinando gli effetti che produce l'intervento del terzo nel rapporto obbligatorio.

Per il resto, tuttavia, la norma tace.

Nulla il legislatore ha pensato di prevedere con riguardo alla fase successiva all'adempimento del terzo, ossia con riferimento agli effetti che si determinano a seguito dell'attività solutoria del terzo e, in particolare, sulla posizione e sulle correlate situazioni giuridiche che sorgono in capo al *solvens* ed in rapporto al debitore che si avvantaggia del pagamento effettuato.

Invero, la norma in esame non disciplina neppure la fase antecedente al pagamento del terzo; nulla dice, infatti, anche con riguardo a quelle che potrebbero definirsi le "ragioni" giuridicamente rilevanti che sostengono l'attività solutoria del terzo.

Peraltro, mentre l'assenza di regole attinenti al periodo antecedente l'atto di adempimento può spiegarsi più facilmente nella plausibile e potenziale pluralità di rapporti sottostanti all'attività posta in essere dal terzo ed intercorrenti tra *solvens* e debitore, sì da rendere quasi impossibile e, di conseguenza, "inutile" una regolamentazione normativa di tale fase, discorso diverso sembra potersi fare con riferimento alla fase successiva all'adempimento, specie per quanto attiene alla questione se un terzo che abbia adempiuto un debito altrui acquisti un diritto da far valere in qualche modo nei confronti del debitore al fine di ottenere la restituzione delle somme pagate al creditore.

Infatti, la disposizione di cui all'art. 1180 c.c.⁽⁹⁾ avrebbe forse potuto fornire risposta a tale problematica con una previsione *ad hoc* che, da un lato, potesse consentire al *solvens* di vedersi attribuito uno specifico diritto alla restituzione di quanto pagato al creditore, dall'altro, permettesse di prescindere dai rapporti sottostanti tra terzo e debitore, in

presenza di un effettivo adempimento del terzo e di un meccanismo che fornisce al debitore la facoltà di opporsi al pagamento del *solvens*, rendendo nota la sua volontà contraria al terzo.

Sotto quest'ultimo aspetto, viene in rilievo il consenso del debitore all'adempimento del terzo, elemento che, pur in assenza di una specifica previsione sulla possibilità del terzo di agire autonomamente nei confronti del debitore in virtù di un diritto che origini dal fatto stesso del pagamento, potrebbe condurre ad orientare meglio l'interprete nella risoluzione della problematica in esame.

E pare, a tal proposito, che l'art. 1180 c.c. contenga, al 2° co., una previsione che risulta essere espressione di una sorta di "consenso successivo" del debitore.

Il meccanismo della norma ricalca, in un certo qual modo e con le dovute distinzioni, quello predisposto per l'ipotesi di remissione del debito (art. 1236 c.c.): si prevede la possibilità per il debitore di manifestare la propria opposizione all'adempimento del terzo (con la conseguenza di rendere legittimo il rifiuto della prestazione di quest'ultimo da parte del creditore), così come alla remissione del debito.

Il congegno sembra assolvere perfettamente allo scopo, presumendo un consenso del debitore, attesi gli effetti a lui favorevoli che da entrambe le fattispecie derivano, ma consentendogli, nel caso di remissione del debito, di impedire il prodursi di tali effetti attraverso il potere di opposizione; nell'ipotesi di adempimento del terzo, di "concedere" al creditore la facoltà di rifiutare il pagamento proveniente da altri, che «non può in alcun modo evitare...», qualora detta opposizione (del debitore) manchi⁽¹⁰⁾.

Peraltro, se il debitore abbia manifestato la propria opposizione «nel momento in cui il debito nasce, il creditore non può accettare l'adempimento del terzo, essendo egli tenuto ad osservare quella clausola contrattuale»⁽¹¹⁾.

Verrebbe da affermare l'appartenenza dell'adempimento del terzo – per dirla con illustre dottrina – alla categoria del «negozio unilaterale soggetto a rifiuto»⁽¹²⁾, quanto meno perché anche tale figura potrebbe essere considerata esempio di espressione del potere dell'autonomia privata di produrre effetti favorevoli nell'altrui sfera giuridica⁽¹³⁾.

Vi sono delle somiglianze tra il meccanismo predisposto dall'art. 1180, 2° co., c.c. e quello della remissione del debito

è problema da risolvere caso per caso. Ciò che, però, occorre sottolineare è questo, che l'interesse del creditore deve essere considerato non già dal punto di vista subiettivo, ma da quello obiettivo, e cioè in riferimento al contenuto e alla natura della prestazione. Da questo punto di vista, ad es., la prestazione pecuniaria ha tale natura che giammai il creditore potrebbe avere interesse all'adempimento personale del debitore; mentre, invece, per le prestazioni di fare la regola è l'opposta, salvo eccezioni connesse sempre alla natura della prestazione».

⁽⁹⁾ Di certo, non si è in presenza di una disposizione definitoria, com'è, per esempio, per l'art. 1965 c.c. in tema di transazione, in ordine alla quale cfr. la disamina di A.M. PALMIERI, *Transazione e rapporti eterodeterminati*, Milano, 2000, 3 ss.

(ivi anche nt. 2 per i riferimenti bibliografici essenziali in tema di definizioni giuridiche).

⁽¹⁰⁾ A. ZACCARIA, *La prestazione in luogo dell'adempimento. Fra novazione e negozio modificativo del rapporto*, Milano, 1987, 301.

⁽¹¹⁾ M. GIORGIANNI, *op. cit.*, 331.

⁽¹²⁾ G. BENEDETTI, *op. cit.*, 197 ss. Con specifico riguardo alla figura della remissione del debito, cfr. ancora *Id.*, *Struttura della remissione. Spunti per una dottrina del negozio unilaterale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1962, 1291 ss.; e in *Studi in onore di Emilio Betti*, V, Milano, 1962, 798 ss.

⁽¹³⁾ G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, cit., 226, nel vagliare se la figura prevista dall'art. 1333 c.c. esprima

Dalla lettura
dei Principi
di diritto europeo
dei contratti pare
emergere
che risulti
sufficiente
il consenso
del debitore
affinché
l'adempimento
del terzo determini
il suo tipico effetto
estintivo

Ebbene, pur se l'art. 1180 c.c. non stabilisce alcunché riguardo all'eventuale consenso del debitore, è lo stesso congegno adottato dal legislatore che permette di inferire come l'adempimento del terzo possa sì avvenire *invito creditorum* (qualora il creditore non abbia un interesse a che sia il debitore ad eseguire personalmente la prestazione, come nel caso di obbligazione pecuniaria), ma non sempre contro il volere del debitore, il quale può opporsi all'adempimento del terzo, impedendo che il creditore possa accettarlo, se l'opposizione sia manifestata "coevamente" alla nascita del debito o, comunque, legittimando il rifiuto della prestazione da parte del creditore, se l'opposizione sia esternata durante il corso del rapporto obbligatorio⁽¹⁴⁾.

Ma sul profilo del consenso del debitore si tornerà immediatamente, osservando come la figura viene regolata in ambito di soft law.

Per il momento, dalla brevissima analisi condotta sul dato positivo offerto dall'art. 1180 c.c., sorge il dubbio che la norma, con precipuo riferimento alla problematica in esame, che si situa nel periodo temporalmente successivo all'attività solutoria del *solvens*, presenti una specie di "lacuna", sicché, per rispondere al quesito che interessa, potrebbe – attraverso lo strumento dell'analogia (o, in alcuni ca-

si, dell'interpretazione estensiva)⁽¹⁵⁾ – passarsi al setaccio l'ordinamento, allo scopo di individuare gli istituti eventualmente idonei a sopperire tale mancanza; se, tuttavia, un'indagine siffatta non portasse ad esiti soddisfacenti, il ragionamento andrebbe condotto esclusivamente nell'ambito dell'art. 1180 c.c. e delle sue relazioni all'interno del sistema nel quale si inserisce, valorizzando quegli indici che possano condurre ad una soluzione plausibile.

Per scegliere consapevolmente una delle due vie alternative (e sempre che siano le uniche e comunque idonee a risolvere la problematica) è però opportuno attendere lo svolgimento del presente contributo, non prima, peraltro, di soffermarsi brevemente sulla regolamentazione della figura nei Principi di diritto europeo dei contratti⁽¹⁶⁾.

4. L'adempimento del terzo nei Principi di diritto europeo dei contratti

La raccolta dei Principi di diritto europeo dei contratti si occupa della figura dell'adempimento del terzo all'art. 7:106⁽¹⁷⁾.

Rispetto all'art. 1180 c.c., l'art. 7:106 dei Principi⁽¹⁸⁾ si differenzia fondamentalmente per due dati, costituiti dalle due ipotesi nelle quali non è possibile

«una categoria generale», sottolinea, giunto a quel punto della sua indagine, come possa dirsi dato ormai acquisito e dimostrato «l'individuazione, nell'autonomia privata, del potere, tendenzialmente generale, a produrre effetti favorevoli nell'altrui sfera, con il limite del rifiuto». Ovviamente, va da sé che, se volesse tentarsi di approfondire un raffronto tra la categoria generale del negozio unilaterale soggetto a rifiuto e l'adempimento del terzo al fine di predicarne un'eventuale riconduzione all'interno della categoria costruita da Benedetti, premessa necessaria sarebbe costituita dallo studio della natura giuridica della figura di cui all'art. 1180 c.c., in ordine alla quale, invero, non poche sono le discussioni. Infatti diverse sono le opinioni che si registrano in proposito e che oscillano dalla «tesi negoziale in senso proprio - peraltro divisa tra i sostenitori del negozio unilaterale e quelli che ravvisano nella fattispecie in oggetto un vero e proprio contratto» all'opinione di «coloro che vedono nell'adempimento del terzo un atto meramente esecutivo ovvero, ancora,» alle «tesi che ricostruiscono l'istituto in termini compositi e, cioè, quale atto al tempo stesso esecutivo e negoziale» (A. TOMASSETTI, *op. cit.*, 500. In ordine alle diverse opinioni sulla natura giuridica dell'adempimento del terzo, cfr. TURCO, *L'adempimento del terzo*, cit., 154 ss.).

⁽¹⁴⁾ M. GIORGIANNI, *op. loc. ult. cit.*, rileva che, in tal caso, l'opposizione «ha la virtù di far cessare l'obbligo del creditore di accettare l'adempimento del terzo».

⁽¹⁵⁾ «L'applicazione analogica di una disposizione si distingue dalla interpretazione estensiva di essa, benché le due ipotesi possano apparire molto vicine. Nel caso della interpretazione estensiva il giudice, combinando criterio testuale e criterio logico, attribuisce alla disposizione un ambito di applicazione più vasto di quello che si potrebbe stimare in base ad elementi puramente letterali; e ritiene che il caso sottoposto alla sua cognizione rientra in tale più ampio ambito. Il giudice, dunque, deciderà la controversia facendo diretta applicazione di una "precisa disposizione". Nella diversa ipotesi dell'applicazione analogica, invece, il giudice non trova alcuna "precisa disposizione" che riguardi la controversia (è proprio questo il presupposto dell'analogia); e, pertanto, dovrà decidere stabilendo una regola nuova, desunta da una disposizione relativa ad una categoria di fatti nella quale il caso controverso non rientra direttamente sebbene presenti profili di somiglianza. L'interpretazione estensiva, a differenza dell'analogia, non presuppone l'esistenza di una lacuna normativa e non è uno strumento per

colmare i vuoti legislativi... L'interpretazione estensiva della disposizione... non è il frutto di una scelta strumentale del giudice; l'interpretazione estensiva non è un canone ermeneutico utilizzabile per colmare lacune normative e soddisfare esigenze pragmatiche. In altre parole, o l'interpretazione è estensiva, in base ai criteri stabiliti nel primo comma dell'art. 12 disp. prel.; o non lo è. Interpretando estensivamente una disposizione, sulla scorta del criterio letterale e del criterio logico..., il giudice applica una norma ad un caso perché reputa che esso rientri nell'ambito di applicazione di quella norma; non interpreta la disposizione estensivamente perché intende fare applicazione di essa ad un caso non previsto» (AA.VV., *Lezione n. 2 - Interpretazione della legge*, in *Dieci lezioni introduttive a un corso di diritto privato*, Torino, 2006, 55 s.).

⁽¹⁶⁾ Nel "contestualizzare" i Principi di diritto europeo dei contratti, G. BENEDETTI, *La formazione del contratto e l'inizio di esecuzione. Dal codice civile ai principi di diritto europeo dei contratti*, in *Europa dir. priv.*, 2005, 311; e in *Scritti in onore di Vincenzo Buonocore*, IV, *Diritto civile*, Milano, 2005, 4247, individua «due riferimenti» nella Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di cose mobili del 1980 e nei Principi Unidroit del 1994, osservando che «questa sostanziale circolazione di regole con diversa valenza positiva, ma con contenuti comuni, ha fatto emergere l'idea, sempre più condivisa, di soft law».

⁽¹⁷⁾ L'art. 7:106 dei Principi di diritto europeo dei contratti così recita: «(1) Salvo che il contratto esiga una prestazione qualificata, il creditore non può rifiutare l'adempimento offerto dal terzo se questi: (a) agisce con il consenso del debitore; o (b) ha un interesse legittimo all'adempimento e il debitore non ha adempiuto o è chiaro che non adempirà alla scadenza. (2) L'adempimento del terzo nei termini del comma 1 libera il debitore».

⁽¹⁸⁾ Per un'opinione critica sugli articoli che nei Principi Acquis sono dedicati alla materia della formazione del contratto, cfr. ADDIS, *La formazione dell'accordo nei Principi Acquis del diritto comunitario dei contratti*, in *Obbl. e contr.*, 2009, 8 ss., il quale enuncia chiaramente il proprio pensiero – che trae convincimento dall'attenta e perspicua disamina degli otto articoli (4:101-4:108) dettati dai Principi per la specifica materia – rilevando che «se la valutazione complessiva degli Acquis dovesse essere elaborata basandosi solo sullo specifico ambito della formazione del contratto, essa non potrebbe che assumere contorni ampiamente negativi» (10).

al creditore rifiutare l'adempimento offertogli dal terzo.

Infatti, in tali ipotesi, contraddistinte con le lettere (a) e (b) del primo comma, si parla espressamente di «consenso del debitore» e di «interesse legittimo» (del terzo) «all'adempimento», ossia di elementi che il legislatore italiano del 1942 ha omesso di considerare, quanto meno *expressis verbis*.

Trattasi di due dati particolarmente significativi perché, rispetto all'ordinamento italiano, menzionano il consenso «preventivo» del debitore all'adempimento del terzo⁽¹⁹⁾ e l'interesse che ha il terzo all'adempimento.

Quanto al consenso preventivo, esso sostituisce, per così dire, la possibilità attribuita dal legislatore italiano al debitore di opporsi al pagamento del terzo; in relazione, invece, all'interesse (legittimo) del terzo ad adempiere, questo viene a limitare il potere del creditore di rifiutare l'adempimento altrui, diversamente dal nostro ordinamento, laddove l'esercizio della facoltà di rifiuto del creditore, nel disposto di cui all'art. 1180 c.c., non soffre limitazioni in rapporto all'interesse del terzo adempiente. Purtuttavia, nonostante questi dati di «novità», anche nei Principi di diritto europeo dei contratti, per quanto chiaramente riportato nel Commento all'art. 7:106, non si regola la «questione se un terzo che abbia adempiuto acquista il diritto del creditore nei confronti del debitore in via di cessione o di surrogazione»⁽²⁰⁾.

Ma ciò che interessa sottolineare è la circostanza che, nei Principi, la figura dell'adempimento del terzo sembra presentare, quale connotato caratterizzante, anche il consenso (preventivo) del debitore all'effettuazione del pagamento da parte del terzo, che rileva, sia per il debitore, al fine di consentirgli di poter adempiere personalmente, sia per il creditore, al fine di permettergli di accettare l'adempimento proveniente dal terzo.

Insomma, su un piano di soft law, sembra risultare

sufficiente il consenso del debitore perché l'adempimento del terzo determini il suo tipico effetto estintivo e liberatorio.

5. Affinità tra indebito soggettivo *ex parte debitoris* e adempimento del terzo.

Inconfigurabilità, nel caso di specie, di un indebito *ex art. 2036 c.c.*

La prima soluzione che potrebbe prospettarsi per risolvere il caso in esame è la possibilità per il *solvens* di agire sull'assunto che si sia al cospetto di una prestazione non dovuta e, quindi, ripetibile.

All'uopo, è infatti da considerare che l'indebito soggettivo *ex latere solventis* (che viene ormai comunemente ritenuto l'unica vera forma di indebito soggettivo, rientrando invece, più propriamente, l'indebito *ex parte creditoris* nell'ambito dell'indebito oggettivo) presenti innegabili punti di contatto con la figura dell'adempimento dell'obbligo altrui.

Per rendersene conto, basti pensare che, secondo un autorevole indirizzo dottrinale, l'indebito soggettivo *ex parte debitoris* si risolverebbe nella disciplina di un caso di impugnativa del pagamento fatto da un terzo; più nello specifico, sarebbe un'ipotesi di adempimento del terzo invalido per errore⁽²¹⁾ e l'azione di ripetizione si configurerebbe come un'impugnativa di tale atto (con conseguente applicabilità delle regole in tema di annullabilità)⁽²²⁾.

All'apparenza, infatti, le due figure sembrano quasi completarsi vicendevolmente, tanto da far credere che la norma di cui all'**art. 2036 c.c.** (disciplinante l'indebito soggettivo) andrebbe ad integrare l'art. 1180 c.c., estendendo la sua portata a tutti i casi nei quali l'adempimento del terzo è inficiato dall'errore del *solvens*.

Sia nell'una che nell'altra ipotesi esiste un credito ed il soggetto che provvede al pagamento è diverso rispetto a quello che risulta debitore.

La tesi secondo cui l'art. 2036 c.c. sarebbe diretto a regolare un caso di impugnativa dell'adempimento

Vi sono profonde diversità tra le figure dell'adempimento del terzo e dell'indebito soggettivo *ex art. 2036 c.c.*

⁽¹⁹⁾ Con riferimento al consenso del debitore all'adempimento del terzo si legge nelle note all'art. 7:106 (in *Principi di diritto europeo dei contratti*, Parte I e II, a cura di Castronovo, Milano, 2001, 381) che «tutti gli ordinamenti sembrano ammettere in linea di principio che la prestazione sia eseguita da un terzo con il consenso preventivo o successivo del debitore. Tuttavia ciò non è consentito quando contrasta con gli interessi del creditore. Questo principio trova differenti espressioni nei singoli sistemi giuridici; sempre nelle note, inoltre, quanto alla prestazione del terzo senza consenso del debitore, si legge che «salvo che l'adempimento del terzo non sia escluso perché in contrasto con l'interesse del creditore...», gli altri sistemi di civil law sembrano variamente ammetterlo», mentre negli ordinamenti di common law «non è ammesso l'adempimento del terzo senza il consenso» (preventivo) «del debitore».

⁽²⁰⁾ In *Principi di diritto europeo dei contratti*, cit., 379.

⁽²¹⁾ Peraltro, in esito alla ripetizione dell'indebito (quando anche oggettivo) e la tematica dell'errore quale vizio del consenso sembrano ancora oggi essere di moda nella giurisprudenza in materia laburistica, avendo la Cassazione statuito che «il datore di lavoro, se richiede indietro le somme pagate in più rispetto alle retribuzioni minime previste dal contratto collettivo, non può limitarsi a provare che la normativa collettiva stabilisce, per le prestazioni

svolte, retribuzioni inferiori, ma deve dimostrare che la corresponsione della maggiore retribuzione è frutto di un errore essenziale e riconoscibile dall'altro contraente, di un errore cioè che abbia i requisiti previsti dagli artt. 1429 e 1431 cod. civ.» (**Cass., 17.4.2000, n. 4942**, in *Riv. it. dir. lav.*, 2001, II, 45 ss., con nota di OGRISSEG, *Datore di lavoro e ripetizione di indebito: inesistenza di valida causa solvendi o annullamento della solutio per errore?*; in senso conforme, **Cass., 13.5.1987, n. 4409**, in *Giust. civ.*, 1987, I, 2248). A margine di tale statuizione della Suprema Corte, viene da osservare che, qualora si escluda la natura negoziale dell'adempimento-pagamento, diverrebbe se non altro dubbia l'applicazione, al pagamento dell'indebito nell'ambito del rapporto di lavoro, dei principi civilistici in materia di invalidità dei contratti.

⁽²²⁾ FERRARA JR., *Questioni in tema di ripetizione di indebito*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1949, II, 206 ss.; CAPOZZI, *Vizi della volontà e adempimento*, in *Dir. e giur.*, 1951, 266 ss.; MIRABELLI, *L'atto non negoziale nel diritto privato italiano*, Napoli, 1955, 246 ss.

Questa tesi, in realtà, fu propugnata da alcuni studiosi tedeschi: MAIER, *Irrtümliche Zahlung fremder Schulden*, in *AcP*, 1952-1953, 109; JUNG, *Das Wesen des schuldrechtlichen Grundes und dessen für die Systematik des Privatrechts*, in *Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50 jährigen Bestehen des Reichsgerichts*, III, Berlin und Leipzig, 1929, 160 ss.

Il terzo non può ripetere dal debitore, ai sensi dell'art. 2036 c.c., le somme pagate per estinguere il debito altrui

di terzo, però, per quanto suggestiva, sembra essere stata superata dai successivi studi che hanno messo in evidenza la profonda diversità tra i due istituti, che può sintetizzarsi nei seguenti punti: 1) l'adempimento del terzo estingue il diritto del creditore, mentre la ripetizione di indebito rientra nel novero delle fonti di obbligazione (diverse dal fatto illecito e dal contratto); 2) nell'ipotesi disciplinata dall'art. 1180 c.c. il *solvens* è perfettamente consapevole di adempiere un debito altrui, diversamente dall'ipotesi regolata dall'art. 2036 c.c., nella quale il terzo paga poiché erroneamente ritiene di essere debitore dell'*accipiens*⁽²³⁾.

Ai fini della risoluzione del caso oggetto di studio, tuttavia, non è sufficiente aver raggiunto la conclusione che l'indebito *ex art.* 2036 c.c. e la fattispecie dell'art. 1180 c.c. debbano essere tenute distinte, nonostante le loro apparenti affinità, per escludere che il terzo possa agire con l'azione personale di ripetizione di indebito nei confronti del debitore, dopo aver soddisfatto il credito dell'*accipiens*.

Occorre, invece, ragionare sull'ipotesi concreta ed individuare – se ve ne siano – le ragioni che osterebbero a tanto.

Sotto questo aspetto, i motivi che deporrebbero in senso contrario alla possibilità per il *solvens* di agire *ex art.* 2036 c.c. nei confronti del debitore sarebbero diversi e andrebbero rinvenuti, sia su un piano più generale riguardante la differenza tra le due figure poste a confronto, sia sul piano più specifico del caso oggetto di attenzione.

Anzitutto, nel caso di specie, il terzo (Tizio) adempie, non in base ad un errore, ossia sulla falsa credenza di essere debitore del creditore (Beta), bensì nella convinzione di pagare un debito altrui (ossia di Caio), tant'è vero che Tizio, in primo grado, agisce per ottenere la restituzione di somme che avrebbe concesso in mutuo a Caio e con le quali aveva provveduto ad adempiere direttamente il debito nei confronti dell'*accipiens* Beta.

Inoltre, l'azione di ripetizione *ex art.* 2036 c.c. viene esercitata dal *solvens* contro l'*accipiens* e non contro il debitore, proprio in considerazione della circostanza che il terzo, intanto ha pagato in quanto erroneamente credeva di essere debitore del creditore, nei cui confronti, quindi, può ripetere il paga-

mento effettuato (sempre che, come dispone l'art. 2036 c.c., «il creditore non si sia privato in buona fede del titolo e delle garanzie del credito»).

Nel caso in esame, invece, la questione che si pone riguarda la possibilità del terzo che abbia adempiuto un debito altrui di ripetere quanto pagato nei confronti del debitore, e non del creditore.

Se così stanno le cose, Tizio non può ripetere da Caio, ai sensi dell'art. 2036 c.c., le somme pagate per estinguere il debito di quest'ultimo nei confronti di Beta.

Ma la disposizione codicistica sull'indebito soggettivo contempla un'ultima possibilità per il *solvens* qualora la ripetizione non sia ammessa: il subentro nei diritti del creditore (art. 2036, 3° co., c.c.).

In altri termini, la surrogazione rappresenta la *extrema ratio* per l'eventualità in cui al terzo non risulti possibile avvalersi dell'azione di ripetizione.

A questo punto, diviene necessario verificare se il *solvens*, qualora abbia pagato un debito altrui, possa surrogarsi nei diritti dell'*accipiens* in applicazione di quanto disposto dall'art. 2036, 3° co., c.c., o se, comunque, esclusa la diversità della fattispecie di cui all'art. 1180 c.c. rispetto alla figura della ripetizione di indebito, possa avvalersi dello strumento surrogatorio per riuscire a recuperare la prestazione effettuata in favore di un creditore altrui.

6. Sulla ricorrenza, nel caso in esame, di un'ipotesi di surrogazione

Il primo aspetto del problema da affrontare, per riuscire a fornire una risposta che possa dirsi plausibile riguardo all'eventuale surrogazione del terzo adempiente nei diritti del creditore, può sintetizzarsi nella formula «estinzione relativa del debito»⁽²⁴⁾ o, meglio, nell'ammissibilità di un siffatto *modus* di estinzione dell'obbligazione.

Infatti, risulta difficile conciliare, da un lato, l'estinzione del debito gravante sul debitore nei confronti del suo creditore e, dall'altro, quella sorta di «reviviscenza» dei diritti del creditore nel terzo adempiente che determinerebbe il meccanismo della surrogazione⁽²⁵⁾.

In ordine al fondamento teorico di una forma di estinzione relativa del rapporto obbligatorio molto si è discusso e la tematica confluisce, almeno in

⁽²³⁾ Sul punto, si limita il riferimento alle voci enciclopediche di RESCIGNO, *Ripetizione dell'indebito*, in *Noviss. Dig. It.*, XV, Torino, 1968, 1230 s.; e MOSCATI, *Indebito (pagamento e ripetizione dell')*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971, 91 s., che attestano la distinzione che sembra ormai essere stata acclarata tra l'indebito *ex parte debitoris* e la figura di cui all'art. 1180 c.c., evidenziandone le diversità.

⁽²⁴⁾ In dottrina è denunciata la contraddittorietà della nozione di estinzione relativa dell'obbligazione, non potendosi concepire uno stato intermedio rispetto all'estinzione assoluta (ALARA, *op. cit.*, 19) e considerando che se l'ordinamento giuridico ha ritenuto opportuno mantenere in vita, a certi effetti, il rapporto obbligatorio, vorrà dire che quel rapporto non si è estinto (P. PERLINGIERI, *op. cit.*, 6).

La formula dell'estinzione relativa, inoltre, è criticata da BUCISANO, *La surrogazione per pagamento*, Milano, 1958, 30 e già dal BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, I, *La struttura*, Milano, 1948, 308.

⁽²⁵⁾ Per dirla con le parole del BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, III, 2 e IV, Milano, 1955, 66, «la difficoltà da superare sta nella efficacia estintiva che, in linea di massima, è propria del pagamento, quale vicenda concernente l'oggetto. Il pagamento opera l'estinzione del credito, in virtù della funzione satisfattoria che spiega nell'economia del rapporto, in quanto per esso viene attribuita al creditore l'utilità che aspettava... e che doveva essergli conferita mercé la cooperazione del debitore».

parte, nella stessa ricostruzione del congegno surrogatorio, sicché non è possibile, in questa sede, affrontare la questione nel modo adeguato.

Ai fini del presente lavoro, quindi, ci si limiterà a rilevare quella che sembra essere oggi l'opinione prevalente in dottrina⁽²⁶⁾ e diffusa in giurisprudenza⁽²⁷⁾, per cui la surrogazione costituisce una vicenda traslativa⁽²⁸⁾ del credito, a seguito della quale il *solvens* subentra nella posizione giuridica del creditore soddisfatto, con la conseguenza che l'attuazione del credito non impedirebbe che esso si trasferisca ad un altro soggetto⁽²⁹⁾.

In sostanza, la surrogazione dimostrerebbe che l'adempimento possa dar luogo ad un'estinzione relativa del rapporto obbligatorio⁽³⁰⁾, dove «relativa» sta per inerente alla sola persona del creditore soddisfatto ed alla sola relazione tra questi ed il suo debitore, senza che ciò rappresenti impedimento al trasferimento del credito – e delle correlate posizioni giuridiche – al terzo adempiente e, quindi, ad un nuovo creditore.

In quest'ottica, il pagamento del *solvens* sarebbe, dunque, il presupposto della vicenda surrogatoria e traslativa del credito.

In proposito, potrebbe osservarsi che l'atto del pagamento del terzo, sotto questo aspetto, assume natura «ambivalente» a seconda del piano dal quale viene riguardato: atto di adempimento e dagli effetti estintivi dell'obbligazione, se considerato nella prospettiva soggettiva del creditore (che potrebbe qualificarsi originario); atto estintivo dell'obbligazione e, nel contempo, presupposto materiale che consente lo svolgimento della vicenda circolatoria e

traslativa della posizione creditoria, se osservato dal lato soggettivo del *solvens*.

Insomma, pare possa affermarsi che la realizzazione del credito dell'*accipiens* non entri in contraddizione logica con la «relatività» dell'effetto estintivo dell'adempimento effettuato da un terzo, proprio per la natura del bene oggetto del trasferimento, che, qual è il credito, non si sostanzia di materialità e, quindi, non è *res corporalis* – come tale esclusivamente destinata all'alternativa tra perimento o sopravvivenza – bensì bene dall'essenza squisitamente giuridica, che potrebbe venir meno in capo ad un soggetto, ma, non per questo, non continuare a vivere in capo ad un altro.

Ebbene, ragionando con lo schema dell'estinzione relativa dell'obbligazione ed aderendo all'opinione – che può dirsi oggi maggioritaria – della ricostruzione della surrogazione come vicenda traslativa del credito, l'adempimento del debito altrui viene quasi elevato a presupposto giuridico della surrogazione.

Potrebbe quindi predicarsi, quanto meno perché una parte degli studi condotti sul tema autorizzano a farlo, la possibile conciliabilità tra l'adempimento dell'obbligo altrui e l'operatività del meccanismo surrogatorio.

E tanto basta, ai fini del presente lavoro, per procedere ad analizzare – adesso con più specifico riferimento alla questione oggetto di indagine – l'eventualità per il terzo adempiente di avvalersi del diritto di rivalsa derivante dalla vicenda surrogatoria. Anzitutto, però, occorre limitare l'analisi all'ultima delle ipotesi di surrogazione legislativamente previste⁽³¹⁾, ossia alla surrogazione legale, non ricor-

La surrogazione dimostrerebbe che l'adempimento possa dar luogo ad un'estinzione relativa del rapporto obbligatorio

⁽²⁶⁾ MERLO, *La surrogazione per pagamento*, Padova, 1933, 65; CARPINO, *Del pagamento con surrogazione*, in *Comm. Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1988, 18; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, IV, *L'obbligazione*, Milano, 1993, 356 ss.; aderiscono alla costruzione del pagamento con surrogazione secondo lo schema dell'estinzione relativa dell'obbligazione anche TURCO, *op. ult. cit.*, 200; e NAPPI, *Appunti sulla corresponsività nei contratti di adempimento indiretto del debito altrui*, in *Studi in onore di Marco Comporti*, II, Milano, 2008, 1870 (già in *Rass. dir. civ.*, 2007, 992 ss.).

⁽²⁷⁾ Cfr., ad es., Cass., 20.9.1984, n. 4808, in *Riv. giur. circolazione*, 1985, 61, secondo cui la surrogazione del credito prevista dall'art. 1201 c.c. non comporta l'estinzione del debito originario, ma la modificazione soggettiva del rapporto obbligatorio, con la sostituzione di un terzo all'originario creditore e senza incidenza sull'aspetto oggettivo del rapporto, con la conseguenza che, nonostante il soddisfacimento del creditore mediante il pagamento ad opera del terzo, la struttura del rapporto obbligatorio rimane inalterata ed il debito mantiene le sue caratteristiche essenziali.

⁽²⁸⁾ Ad occuparsi della vicenda e dell'effetto traslativo è ZACCHEO, *Gestione fiduciaria e disposizione del diritto*, Milano, 1991, 100 ss., spec. 129 ss., il quale sottopone ad una «critica ragionata» il principio consensualistico di cui risulta espressione l'art. 1376 c.c., esaminandolo nella prospettiva della traslatività e problematica distinzione tra *titulus* e *modus acquirendi*.

⁽²⁹⁾ Riconducono la surrogazione ad una vicenda novativa NICOLÒ, *op. ult. cit.*, spec. 98 ss. (ove sottolinea come la surrogazione – da distinguersi rispetto alla cessione del credito – non opererebbe «alcun trasferimento» del diritto di credito «perché il creditore non può trasmettere una qualità che, nel momento in cui il terzo esegue la prestazione, egli perde definitivamente»

dopo il soddisfacimento e l'estinzione del suo diritto) e PUGLIATTI, *I fatti giuridici* (revisione di Falzea), Messina, 1945, 21 (il quale evidenzia la diversità di titoli cui corrisponderebbe, da un lato, la perdita del diritto da parte del precedente titolare e, dall'altro, l'acquisto in capo al nuovo creditore).

Per BETTI, *op. loc. ult. cit.*, «è da escludere che al terzo possa passare il credito soddisfatto: per poter passare esso dovrebbe prima di tutto continuare ad esistere; per continuare ad esistere, però, bisognerebbe che, ad onta del pagamento, non si fosse estinto».

Evidenzia il carattere derivativo dell'acquisto in capo al nuovo creditore BUCCISANO, *op. cit.*, 37 e 81.

⁽³⁰⁾ Sulla configurabilità di un'estinzione relativa del rapporto obbligatorio a seguito del pagamento, cfr. già HARTMANN, *Die Obligationen*, Erlangen, 1875, 46 ss., nonché ENDEMANN, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, I, Berlin, 1905, 868 ss., spec. 871 ss.

⁽³¹⁾ Sul punto sembra difficilmente dubitabile che «l'effetto tipico, di natura successoria: il subingresso del *solvens* nei diritti del creditore soddisfatto col pagamento, è disposto direttamente dalla legge, anche nei casi di cosiddetta «surrogazione volontaria»; in questi casi il meccanismo surrogatorio funziona per impulso del creditore o del debitore, il suo funzionamento è rimesso dalla legge alla discrezionalità dell'uno o dell'altro, ma ciò non significa che quell'effetto sia (o possa essere) negozialmente voluto. Perciò, la surrogazione può sempre considerarsi di fonte legale, anche se non sempre essa opera di diritto, come quando appunto ha luogo per volontà del creditore o del debitore... È dunque la legge che designa l'unico possibile beneficiario della surrogazione, che cioè lo legittima al subingresso» (MAGAZZÙ, *Surrogazione per pagamento*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, 1527).

Dalle prime quattro ipotesi di surrogazione legale ex art. 1203 può evincersi come i soggetti a favore dei quali è attribuito il diritto di surroga possano considerarsi (con alcune eccezioni) "terzi" rispetto al debito adempito

rendo, nel caso in esame, i presupposti al verificarsi dei quali è subordinata l'applicazione degli artt. 1201 e 1202 c.c.

Non può ricorrere, infatti, né la surrogazione per volontà del creditore *accipiens*, mancando la manifestazione da parte di quest'ultimo della volontà surrogatoria, né l'ipotesi di surrogazione per volontà del debitore, sia perché tale fattispecie non appare del tutto conciliabile, in via generale, con l'adempimento di un terzo⁽³²⁾, sia perché, più in particolare, non concorrono le condizioni di cui all'art. 1202, 2° co., c.c., né, tanto meno, vi è agli atti la prova di un rapporto di mutuo.

Quanto alla surrogazione legale, invece, il discorso assume connotati differenti.

In tale tipo di surrogazione è ricompresa anche quella di cui all'art. 2036, 3° co., c.c. in tema di indebito soggettivo, rientrando questa nel generico richiamo che il n. 5 dell'art. 1203 c.c. opera agli «altri casi stabiliti dalla legge».

Al riguardo, però, occorre, in primo luogo, escludere la possibilità di giungere ad affermare il ricorso alla surrogazione su una presupposta analogia tra l'adempimento del terzo e l'indebito soggettivo *ex parte debitoris*, delle quali si è già riscontrata la profonda diversità⁽³³⁾, con la conseguenza che la surrogazione legale prevista dall'art. 2036, 3° co. c.c. (per l'eventualità che la ripetizione dell'indebito non sia ammessa) non sarebbe applicabile per analogia anche alla fattispecie dell'art. 1180 c.c.

Con riferimento alle altre ipotesi di surrogazione legale, poi, nessuna di quelle contemplate nei primi 4 numeri dell'art. 1203 c.c. sembra ricorrere nel caso esaminato; quella che forse presenta i maggiori punti di contatto con il caso di specie pare l'ipotesi di cui al n. 3 (relativa alla surrogazione di colui che sia tenuto con altri o per altri al pagamento del

debito), anche se bisogna escludere pure l'applicabilità di tale tipo di surrogazione, più che altro perché Tizio (terzo adempiente) non risulta coobbligato con Caio.

Purtuttavia, dalle ipotesi contraddistinte dai primi quattro numeri dell'art. 1203 c.c., può evincersi come tutti i soggetti a favore dei quali la legge attribuisce il diritto di surroga possano considerarsi (con alcune eccezioni) – chi più, chi meno – "terzi" rispetto al (rapporto relativo al) debito adempito⁽³⁴⁾.

E quest'ultima osservazione potrebbe tornare utile, specie per l'individuazione delle ipotesi cui farebbe riferimento la formula "aperta" adoperata dal n. 5 dell'art. 1203 c.c. agli «altri casi stabiliti dalla legge», in ordine alla quale non vi è unanimità di opinioni circa i singoli casi che vi si possono ricondurre⁽³⁵⁾. Di certo, l'art. 1180 c.c. non rappresenta un caso al quale la legge riconnette il verificarsi di una vicenda surrogatoria, ma, come si è già sottolineato⁽³⁶⁾, con precipuo riferimento alla tematica oggetto di indagine detta disposizione tace, sicché non ci si può attendere di trovare nel testo della norma l'espressa menzione della soluzione al problema (che, altrimenti, non sarebbe stato tale).

Volendo tirare le fila del discorso con riguardo all'eventuale configurazione di un'ipotesi di surrogazione legale nella specie, quindi, non si potrebbe optare senza indugi per la soluzione negativa, che, pure, appare risultato più semplice cui addivenire in mancanza di una chiara conferma legislativa.

D'altro canto, però, risulterebbe senz'altro difficile forzare la lettera della legge, nella misura in cui, appunto, prescrive, quali ipotesi residuali di surrogazione legale, le altre (e sole) «stabilit(e) dalla legge» (art. 1203, n. 5, c.c.); diversamente per la sua *ratio*, considerando che – per quanto appena rilevato – le ulteriori ipotesi di cui all'art. 1203 c.c. si

⁽³²⁾ Si è in proposito osservato che la riconduzione della surrogazione per volontà del debitore ex art. 1202 c.c. «al paradigma dell'adempimento del terzo quale presupposto fondamentale della surrogazione e la conseguente qualificazione di quest'ultima come strumento di recupero a favore del terzo adempiente dell'esborso affrontato sembrerebbero a prima vista urtare con la constatazione che, nella fattispecie ex art. 1202 c.c., ad effettuare la prestazione dovuta sia "formalmente" lo stesso debitore e non il terzo mutuante, dal cui patrimonio il primo trae nondimeno la somma per adempiere il proprio debito. Ma l'ostacolo appare agevole da superare ove si consideri che, fra i requisiti specificamente richiesti dal legislatore ai fini della surrogazione del mutuante, è prevista la dichiarazione del debitore, da inserire nella quietanza rilasciata dal creditore, circa la provenienza della somma impiegata nel pagamento (art. 1202, 2° comma, n. 3, c.c.): il che depone chiaramente nel senso che, pur essendo il debitore "autore formale" dell'adempimento e basandosi la surrogazione sulla "designazione del successibile" da parte del debitore medesimo a prescindere dal consenso del creditore, l'atto del debitore non potrebbe ritenersi adempimento "in senso tecnico" ed "autore sostanziale del pagamento" sarebbe in realtà il mutuante che fornisce al debitore i mezzi per adempiere; e che, in quanto terzo estraneo al rapporto in tal guisa adempito, viene sostituito nella situazione giuridica attiva del creditore soddisfatto al fine di recuperare l'esborso affrontato per permettere al debitore di eseguire la propria prestazione» (TURCO, *op. ult. cit.*, 203 s.).

⁽³³⁾ V. *retro*, par. 5.

⁽³⁴⁾ TURCO, *op. ult. cit.*, 205 s., rileva che «è indubbio come tanto l'acquirente del bene ipotecato, quanto il datore di ipoteca siano "terzi" rispetto al rapporto obbligatorio adempito «e pertanto la surrogazione legale, prevista a loro favore quale strumento di recupero dell'esborso affrontato per adempiere, assuma a presupposto un vero e proprio adempimento del terzo» e che «la sussistenza di un adempimento del terzo quale presupposto della surrogazione legale quale strumento di rivalsa del *solvens* è altresì configurabile, unitamente alla qualificabilità della fattispecie come ulteriore ipotesi di terzo "interessato" ad adempiere, nel caso di pagamento e conseguente surroga del creditore posteriore ex art. 1203, n. 1, c.c., a nulla ostando la circostanza che, nella specie, l'adempiente non sia terzo rispetto al debitore, ma suo creditore: giacché risulta in merito decisiva, a nostro avviso, la considerazione che egli è nondimeno e sicuramente "terzo" rispetto al creditore soddisfatto e al rapporto che lega quest'ultimo al debitore».

⁽³⁵⁾ Tanto è sottolineato da MAGAZZÙ, *op. cit.*, 1536, il quale osserva che «si son fatti elenchi, ma non tutte le ipotesi che vi si includono sono di vera e propria surrogazione per pagamento», ribadendo pure come «il rinvio sia pure generico, che si fa nel n. 5 dell'art. 1203 agli "altri casi stabiliti dalla legge", esclude ogni applicabilità analogica delle norme che prevedono questi casi e rende inammissibile qualsiasi ipotesi atipica di surrogazione».

⁽³⁶⁾ V. *retro*, par. 3.

riferirebbero a soggetti – come nel caso di specie – “terzi” rispetto al rapporto obbligatorio adempiuto. Argomentando da ciò, seppure in una prospettiva *de iure condendo*, il caso del terzo adempiente *ex art.* 1180 c.c. sarebbe potenzialmente annoverabile come ipotesi di surrogazione legale⁽³⁷⁾ e ciò a prescindere dalla dimostrazione ed esistenza del rapporto giuridico sottostante tra terzo adempiente e debitore, come se l’adempimento del terzo costituisse, esso stesso, la “fonte” del diritto del *solvens* di rivalersi nei confronti del debitore, surrogandosi al creditore soddisfatto⁽³⁸⁾.

Ma questa conclusione, purtroppo, non trova riscontro nel dato normativo, sicché, almeno allo stato attuale, non può tornare utile ai fini della presente disamina.

7. L'ipotesi di una gestione di affari altrui e l'eventuale esperibilità dell'azione generale di arricchimento

Costituisce assunto quasi tralatizio quello che rinviene nell’adempimento del debito altrui un’ipotesi di gestione di affari *ex artt.* 2028 ss. c.c.⁽³⁹⁾.

Tale opinione muove dall’osservazione che l’adempimento del terzo (con la conseguente estinzione di un’obbligazione gravante sul debitore) sarebbe una gestione utile per l’obbligato, a carico del quale sorgerebbero, quindi, gli obblighi di rimborso *ex art.* 2031, 1° co., c.c.

Di certo, la nascita di questi obblighi e della possibilità da parte del gestore-adempiente di avvalersi della correlata azione di rivalsa nei confronti del debitore-gerito è condizionata alla sussistenza degli ulteriori requisiti per l’applicabilità della disciplina della gestione di affari altrui⁽⁴⁰⁾, fra i quali, in particolare, l’impossibilità del gerito di provvedere «da se stesso» (*ex art.* 2028, 1° co., c.c.) agli atti compiuti dal gestore.

Invero, va rilevato che la disciplina dell’art. 1180 c.c. deporrebbe nel senso di far presumere la sussistenza di questo ulteriore requisito ed il ragionamento potrebbe svolgersi in questi termini: il debitore avrebbe potuto, in virtù dell’espresso potere conferitogli dalla norma, opporsi all’adempimento del terzo in quanto capace di provvedervi da solo, di talché, non avendo esercitato tale potere, si desumerebbe la sua impossibilità di provvedere autonomamente al pagamento.

Se così stanno le cose, quindi, l’adempimento del terzo sarebbe, di per sé (sino a prova contraria), atto di gestione utile per il debitore e compiuto nell’impossibilità di quest’ultimo di provvedervi da solo (in mancanza dell’esercizio del potere di opposizione di cui all’art. 1180, 2° co., c.c.).

Dubbi peraltro permangono, ai fini dell’applicabilità dei meccanismi di rimborso previsti dalla disciplina della c.d. *negotiorum gestio* all’adempimento di un debito altrui ed al caso di specie, in relazione alla ricorrenza dell’elemento della c.d. *absentia domini*, ossia all’impossibilità dell’interessato di provvedere da se stesso all’adempimento, nonché, più in generale, in ordine all’assunzione della gestione di un affare.

Infatti: 1) l’affare deve essere intrapreso *absente et inscio domino* e, pur intendendo la formula in modo non rigoroso, da un lato, il debitore Caio risultava essere a conoscenza dell’adempimento di Tizio e non vi era una sua lontananza fisica nel momento in cui è avvenuto l’adempimento, dall’altro, il ritenere sussistente la *prohibitio domini* per la mancata opposizione all’adempimento del terzo da parte del debitore Caio (*ex art.* 1180, 2° co. c.c.) significherebbe forse adoperare violenza al dato normativo, quasi trasformando – da questo punto di vista – la facoltà di opposizione del debitore in un onere a suo carico; 2) in via più generale, può comunque nutrirsi qualche remora ad assimilare tout court l’adempimento del terzo alla “gestione di un affare” che “assume” (e non “adempie”) il gestore ai sensi dell’art. 2028, 1° co., c.c.

Ebbene, il terzo adempiente Tizio, forse, non potrebbe agire in rivalsa nei confronti del debitore Caio facendo valere gli obblighi di rimborso che nascerebbero in capo a questi dalla gestione di affari altrui, per una dubbia sussistenza di tutti i requisiti per l’applicazione della disciplina dettata dagli artt. 2028 ss. c.c., anche se, in linea tendenziale, va affermata la plausibilità di una soluzione del genere con riguardo all’adempimento del debito altrui⁽⁴¹⁾.

Peraltro, quanto all’ipotesi in esame, si direbbe, poco male.

Il terzo adempiente Tizio potrebbe sempre ricorrere al residuale rimedio dell’**arricchimento senza causa**.

È stato già osservato, infatti, che «in mancanza di un titolo specifico» per ottenere quanto prestato

In una prospettiva *de iure condendo*, il caso del terzo adempiente *ex art.* 1180 c.c. potrebbe annoverarsi tra le ipotesi di surrogazione legale

⁽³⁷⁾ In quest’ottica non è peregrino richiamare la surrogazione a favore del terzo interveniente che paga la cambiale (*ex art.* 82, 1° co., l. camb.).

⁽³⁸⁾ In tal senso, TURCO, *op. ult. cit.*, 168 ss. (nonché nt. 16) e 198 ss.

⁽³⁹⁾ Può richiamarsi, con riferimento a tale opinione, lo studio di SIRENA, *La gestione di affari altrui*, Torino, 1999, 256 e 323 (ove ampia bibliografia).

⁽⁴⁰⁾ I presupposti perché possa configurarsi una gestione di affari altrui sono: a) l’intenzione di gestire un affare altrui (c.d. *animus aliena negotia gerendi*) dovendo l’affare essere assunto

«scientemente» (Cass., 6.5.1954, n. 1416); b) la spontaneità dell’intervento, ossia l’assenza di un rapporto giuridico in forza del quale il gestore sia tenuto ad operare nella sfera giuridica altrui; c) l’impossibilità di intervenire da parte dell’interessato, c.d. *absentia domini* (Cass., 18.3.1989, n. 1365; Cass., 8.10.1973, n. 2512); d) l’alienità dell’affare (Cass., 5.4.1971, n. 976); e) l’utilità dell’inizio della gestione (c.d. *utiliter coeptum*), occorrendo che la gestione sia stata utilmente iniziata come lo stesso *dominus* l’avrebbe iniziata, anche se essa non abbia prodotto il risultato sperato (Cass., 13.5.1964, n. 550).

⁽⁴¹⁾ Così anche TURCO, *op. ult. cit.*, 209 ss.

In linea
tendenziale,
andrebbe
afferma-
l'applicabilità
della disciplina
degli artt. 2028 ss.
all'ipotesi del terzo
adempiente

per altri «competerà al terzo l'azione di arricchimento»⁽⁴²⁾.

Il terzo, dunque, può agire per il recupero delle somme pagate in base ai principi dell'ingiustificato arricchimento, posto che l'adempimento del terzo si tradurrebbe in un risparmio di spesa per il debitore arricchito, connessa all'iniziativa volontaria del terzo adempiente impoverito.

Senonché, tale corrente dottrinale deve fare i conti con un orientamento giurisprudenziale della Suprema Corte secondo cui l'azione di arricchimento non potrebbe essere esercitata quando il soggetto che si è arricchito è diverso da quello con il quale chi compie la prestazione ha un rapporto diretto, in quanto, in questo caso, l'eventuale **arricchimento** costituisce solo un effetto indiretto o riflesso della prestazione eseguita⁽⁴³⁾.

In altre parole, si tratta di quelle ipotesi – come potrebbe essere per l'adempimento del terzo – nelle quali l'attribuzione patrimoniale ridonda a vantaggio di un soggetto diverso dal destinatario della medesima, venendosi a realizzare una sorta di spostamento patrimoniale indiretto⁽⁴⁴⁾, che, tuttavia, non sarebbe ammesso, in quanto non ricorrerebbe quel necessario nesso di correlazione diretta tra impoverimento ed arricchimento, nonché tra le rispettive sfere patrimoniali dell'impoverito e dell'arricchito. La giurisprudenza – che non fa esplicito riferimento alla fattispecie dell'adempimento del terzo – esami-

na l'ipotesi in cui si determina il c.d. arricchimento mediante intermediario, interrogandosi sulla possibilità di esercitare l'*actio de in rem verso* nei confronti del soggetto che, pur beneficiando di un incremento patrimoniale, sia però diverso – e in questo senso “terzo” – rispetto a colui con il quale chi ha compiuto la prestazione ha avuto un rapporto diretto.

Sul punto, va prima di tutto osservato come sembri quasi conseguenza naturale, dell'intervento di un terzo nel rapporto obbligatorio base e dell'adempimento del debito altrui da lui effettuato, l'impossibilità della permanenza di quella correlazione diretta tra impoverimento ed arricchimento.

E le motivazioni di questo indirizzo giurisprudenziale sono forse da ricercare in un modo di ragionare guidato dal canone dell'*id quod plerumque accidit*, che relega ad ipotesi di scarsa verificaazione quelle in cui l'adempimento del terzo non trovi causa giustificatrice in un (preesistente o concomitante) rapporto con il debitore o, addirittura, non le consideri tout court.

In quest'ottica, va valutato se il debitore del caso in esame possa essere considerato soggetto “terzo” che si è arricchito in modo mediato o indiretto ed al quale si riferisce la giurisprudenza della Suprema Corte occupatasi della questione specifica, ricordando la recente pronuncia delle Sezioni Unite sul tema⁽⁴⁵⁾.

⁽⁴²⁾ C.M. BIANCA, *op. cit.*, 285; nello stesso senso, NICOLÒ, *op. ult. cit.*, 229 s.; TURCO, *op. ult. cit.*, 216 s.; e pure BRECCIA, *L'arricchimento senza causa*, in *Tratt. Rescigno*, 9, I, Torino, 1984, 833.

⁽⁴³⁾ Cass., 5.8.2003, n. 11835, in *Giur. it.*, 2004, 1618 ss., con nota di Antinucci; in *Contr.*, 2004, 113 ss., con nota di BARBIERA, *Arricchimento mediato e sussidiarietà dell'azione*; e in *Arch. civ.*, 2004, 366 ss. [in cui si specifica che è «altresì carente anche il requisito della sussidiarietà (art. 2042 c.c.), che non sussiste qualora il danneggiato possa esperire un'azione tipica nei confronti dell'arricchito o di altri soggetti che siano obbligati nei suoi confronti *ex lege* o in virtù di un contratto. (Nella specie, la S.C. ha confermato la sentenza di merito che aveva escluso l'esperibilità dell'azione di arricchimento nei confronti del proprietario del suolo da parte di un soggetto che aveva realizzato su di esso delle opere su incarico conferitogli da un terzo)»; in senso conforme: Cass. n. 11051/2002; Cass. n. 1686/1993; Cass. n. 6664/1981 (secondo cui, quando ad avvantaggiarsi dell'attribuzione patrimoniale sia un soggetto diverso dal destinatario di questa, viene meno il nesso di causalità tra l'impoverimento di un soggetto e l'arricchimento dell'altro e, con esso, il fondamento dell'indennizzo)].

Altri orientamenti possono registrarsi sul tema: 1) l'uno secondo il quale l'azione *ex art. 2041 c.c.* potrebbe essere esperita anche nei confronti di un soggetto diverso da quello cui la prestazione era destinata (Cass. n. 6201/2004); 2) l'altro per il quale l'azione generale di arricchimento sarebbe esperibile contro il terzo che abbia conseguito l'indebita locupletazione in danno dell'istante quando l'arricchimento stesso sia stato conseguito dal terzo in via meramente di fatto e perciò gratuita, nei rapporti con il soggetto obbligato per legge o per contratto nei confronti del depauperato e resosi insolvente nei riguardi di quest'ultimo, mentre sarebbe inammissibile ove la prestazione sia stata conseguita dal terzo in virtù di un atto a titolo oneroso (Cass. n. 11656/2006).

Sintetizza bene, tra gli altri, il problema dell'arricchimento indiretto o mediato, MOSCATI, *Arricchimento (Azione di) nel diritto civile*, in *Enc. dir.*, III, Milano, 1958, 454 s., il quale sottolinea come «nella dottrina più recente, dopo la rinuncia all'enunciazione di formule generali, il problema della correlazione tra “danno” ed

arricchimento ha finito per coincidere con quello della configurabilità di un arricchimento “indiretto” o “mediato”, che da sempre costituisce uno degli aspetti più tormentati della teoria dell'arricchimento senza causa e che nei singoli ordinamenti riceve soluzioni di volta in volta diverse. La configurabilità di un arricchimento conseguito attraverso la mediazione del patrimonio di un terzo, che presso di noi sembra trovare un qualche appiglio a livello normativo nell'art. 2038 c.c., non è affatto pacifica tra gli interpreti, sia per le perduranti incertezze sullo stesso significato dell'espressione, comunemente intesa anche per indicare l'arricchimento correlato al pagamento del debito altrui (art. 1180 c.c.), sia per lo stretto collegamento con la soluzione di questioni di più ampio respiro, a cominciare dal concetto di “giusta causa” che proprio nell'arricchimento “indiretto” o “mediato” trova un severo banco di prova, senza contare che l'ammissione dell'azione contro un soggetto diverso dall'*accipiens* offre lo spunto per verificare contenuti ed applicazioni dello stesso principio di sussidiarietà, almeno quando anche l'*accipiens* sarebbe tenuto nei confronti dell'impoverito benché per un titolo diverso dal terzo arricchito».

In quest'ambito, va ricordato il risalente orientamento della Cassazione secondo il quale «l'azione di arricchimento senza causa non è proponibile quando il danneggiato può esercitare un'altra azione tipica per evitare il pregiudizio economico che gli deriva e detto carattere sussidiario comporta che l'azione *ex art. 2041 cod. civ.* non può essere avanzata, non soltanto ove sussista altra azione del danneggiato nei confronti dell'arricchito, ma anche quando l'azione sia sperimentabile contro persone diverse, che siano obbligate per legge o per contratto» [Cass., 20.11.2002, n. 16340, in *Danno e resp.*, 2003, 863 ss. (ove si sottolinea trattarsi di «risalente interpretazione» data dal giudice di legittimità), con nota di VENTURELLI, *Sulla specificità e residualità dell'azione di ingiustificato arricchimento: inutilità di un rimedio?*].

⁽⁴⁴⁾ In questo senso già ANDREOLI, *L'ingiustificato arricchimento*, Milano, 1940, 168, il quale, però, a tal fine, distingue tra arricchimento “indiretto” (l'adempimento dell'obbligo altrui) e arricchimento “mediato”.

⁽⁴⁵⁾ Cass., S.U., 8.11.2008, n. 24772, in *Obbl. e contr.*, 2009,

E l'ipotesi di specie, a tal proposito, presenta una sua singolarità, atteso che dovrebbe parlarsi di terzo, sia con riguardo all'adempiente, che al debitore il quale si sarebbe arricchito indirettamente a danno del terzo *solvens*, non tenuto, per legge o per contratto, ad adempiere, né nei confronti del creditore, né del debitore.

Le Sezioni Unite, pronunciatesi di recente sulla dibattuta questione dell'arricchimento mediato, hanno ribadito che il doppio requisito dell'unicità del fatto costitutivo dell'arricchimento e della sussidiarietà dell'azione ex art. 2041 c.c. vada senz'altro riaffermato come regola generale, ma con una duplice eccezione, costituita: a) dall'arricchimento mediato conseguito da una p.a. rispetto ad un ente (anch'esso di natura pubblicistica) direttamente beneficiario/utilizzatore della prestazione dell'impovertito; b) dall'arricchimento conseguito dal terzo a titolo meramente gratuito⁽⁴⁶⁾.

Insomma, la Cassazione ha riaffermato, in linea generale, la ricorrenza del requisito dell'unicità del fatto costitutivo dell'arricchimento (oltre che della sussidiarietà) ai fini dell'esperimento dell'*actio de in rem verso*, limitando, peraltro, l'applicabilità della regola che, per quanto qui interessa, non si estenderebbe a comprendere l'arricchimento conseguito dal terzo a titolo meramente gratuito⁽⁴⁷⁾. Tale approdo della Suprema Corte, tuttavia, non sembra riuscire a fare chiarezza sulla possibilità per il terzo adempiente del caso considerato di agire ai sensi dell'art. 2041 c.c. contro il debitore, per un verso in quanto il terzo che si sarebbe arricchito a titolo meramente gratuito non pare possa identificarsi tout court con il debitore del caso di specie, atteso che non è agevole comprendere, a tali fini,

chi possa ritenersi terzo (e rispetto a quale "rapporto diretto") tra l'adempiente, il creditore ed il debitore, per altro verso poiché è stata riaffermata la regola generale sulla non esperibilità dell'*actio de in rem verso* nei confronti di un soggetto diverso – e in questo senso terzo – rispetto a colui che era destinatario e creditore della prestazione nei confronti del soggetto obbligato.

Va comunque osservato che, nel caso – come quello in esame – nel quale il terzo abbia pagato il debito altrui *sine causa*, senza che il suo atto di adempimento trovi giustificazione alcuna in un titolo specifico o in mancanza di prova di tale titolo, si fa fatica a comprendere la pedissequa ed acritica applicazione di un *dictum* giurisprudenziale che avrebbe l'unica conseguenza di privare il *solvens* della possibilità di riuscire a (ri)ottenere quanto prestato consapevolmente "al posto" del debitore. Unica alternativa nella quale detto principio consolidatosi a livello pretorio troverebbe una sua pacifica applicazione atterrebbe all'ipotesi in cui il terzo abbia adempiuto *donandi causa*; ma, in tal caso, si entra nel "territorio delle eccezioni", ossia nel campo degli atti di liberalità, che esulano dal presente contesto.

Ebbene, se volesse darsi rigorosa applicazione al dettato della Cassazione surrichiamato, l'adempiente Tizio non potrebbe avvalersi dell'azione di ingiustificato arricchimento, dal momento che l'attribuzione patrimoniale ed il conseguente arricchimento ridonderebbe a vantaggio di un soggetto diverso dall'*accipiens*; qualora, invece, si ragionasse in termini più "pratici" e meno teorici, il terzo potrebbe avvalersi nei confronti del debitore dell'azione generale di arricchimento per essere indennizzato della diminu-

Se volesse darsi rigorosa applicazione all'orientamento della Cassazione, il terzo adempiente non potrebbe avvalersi dell'azione di ingiustificato arricchimento contro il debitore

492 ss., con nota di LONGO, *Affidamento del terzo nel mandato senza rappresentanza e unicità del fatto costitutivo quale presupposto dell'azione di arricchimento*; in *Dir. e giustizia*, 2008, con nota di Garufi; in *Guida dir.*, 2008, 42, 60 ss., con nota di PISELLI, *Esercizio delle attività sostitutive circoscritte ai diritti di credito*; e in *Corr. giur.*, 2009, 691 ss., con note di MAFFEIS, *Le azioni contrattuali nel mandato senza rappresentanza: interesse del mandante e affidamento del terzo* e di DE GIORGI, *Le sezioni unite sull'individuazione dei limiti soggettivi dell'azione di ingiustificato arricchimento*.

⁽⁴⁶⁾ Cass., 8.11.2008, n. 24772, cit. La Suprema Corte perviene a tali conclusioni partendo dalla ricognizione delle posizioni dottrinali che hanno rilevato come l'idea della necessità, ai fini dell'esperibilità di un'azione di ingiustificato arricchimento, di un unico fatto costitutivo nella relazione fra arricchimento e depauperamento, avrebbe escluso dall'operatività dell'azione casi nei quali, viceversa, la possibilità di configurare un arricchimento senza causa deve ritenersi indiscutibile (come nell'ipotesi della delegazione, quando il delegato adempie il debito assunto nei confronti del delegatario e quest'ultimo consegue un arricchimento proveniente dal patrimonio del delegato, terzo rispetto al rapporto delegante-delegatario, in base ad un contratto stipulato con questo – l'assunzione del debito da parte del delegato – risultando fuor di dubbio che, ove il rapporto di valuta sia nullo, il delegante possa agire contro il delegatario).

Quanto, poi, alla necessità di un nesso di causalità diretto (frutto più di una trasposizione nella materia degli arricchimenti ingiustificati di nozioni elaborate nello studio dei fatti illeciti), ricordano le Sezioni Unite la teoria – proposta dalla

dottrina – della relazione di necessità meramente storica fra arricchimento e depauperamento, nel senso che il rapporto di causalità potrebbe ritenersi sussistente ove sia dimostrabile che l'uno non si sarebbe verificato senza l'altro: il fondamento dell'indennizzo ex art. 2041 c.c., così, non verrebbe meno pur quando l'ingiustificato spostamento patrimoniale abbia origine da una successione di fatti incidenti su diverse situazioni patrimoniali soggettive del tutto indipendenti (è il caso di un mutuo contratto per effettuare una donazione, riconoscendo al mutuante, nell'eventualità dell'inadempimento del mutuatario, un'azione nei limiti dell'arricchimento nei confronti del beneficiario della prestazione).

Infine, le Sezioni Unite richiamano la ricostruzione dottrinale che ha evidenziato la correlazione fra l'ingiustificato arricchimento indiretto e l'art. 2038 c.c., dal quale emergerebbe la generale *regula iuris* secondo la quale il depauperato può esercitare l'azione di arricchimento nei confronti del terzo esclusivamente nel caso in cui quest'ultimo abbia conseguito la prestazione (e, di conseguenza, si sia arricchito) a titolo gratuito, mentre, qualora abbia conseguito la prestazione a titolo oneroso, l'azione non sarebbe esperibile. E l'aspetto più appagante di tale dottrina sarebbe rappresentato dalla circostanza che l'ancoraggio all'art. 2038 c.c., per un verso, fornisce il necessario fondamento normativo al riconoscimento di una (sia pur circoscritta) fattispecie di arricchimento mediante intermediario, per l'altro induce ad un'interpretazione più elastica dell'art. 2042 c.c.

⁽⁴⁷⁾ Emerge chiara, sotto questo profilo, la premessa del ragionamento della Suprema Corte, costituita dalla correlazione tra l'ingiustificato arricchimento indiretto e l'art. 2038 c.c.

zione patrimoniale subita, a tutto ed unico vantaggio – seppur “indiretto” – dell’obbligato.

Tutto al fine di consentire al terzo di riottenere quanto prestato *sine causa*, nel perseguimento di quella funzione recuperatoria che, a ben vedere, accomuna tutti i rimedi che trovano collocazione nella parte finale del Libro IV del codice civile (gestione di affari altrui, ripetizione di indebito e arricchimento senza causa)⁽⁴⁸⁾.

8. La soluzione del caso fornita dalla Cassazione. Osservazioni sulle conseguenze del principio sancito dalla Suprema Corte

La soluzione del caso in esame fornita dalla Cassazione sembrerebbe dirsi ineccepibile⁽⁴⁹⁾.

Secondo i giudici della Suprema Corte, «la disposizione dettata dall’art. 1180 c.c. ha la funzione di attribuire al pagamento effettuato dal terzo, che non abbia interesse ad una prestazione personale, effetto solutorio dell’obbligazione, anche contro la volontà del creditore, ma non conferisce titolo al terzo adempiente per agire nei confronti del debitore al fine di ripetere la somma versata in adempimento, essendo necessario, a tal fine, che sia allegato e dimostrato il rapporto sottostante tra terzo e debitore. Ne consegue che, nel caso in cui sia escluso che tra questi esista un rapporto di mutuo (e, comunque, non sia dimostrata l’esistenza di qualsiasi altra causa a sostegno dell’azione) il giudice non può accogliere la domanda in virtù della mera considerazione che, nella specie, sia effettivamente dimostrato l’avvenuto pagamento, ad opera del terzo, del debito altrui»⁽⁵⁰⁾.

Tutto pare giocarsi nell’ambito probatorio: in mancanza di prova circa l’esistenza di una causa a sostegno del pagamento, atteso che era stato escluso in primo grado che tra il terzo ed il debitore esistesse un contratto di mutuo e che il caso concreto era stato ricondotto nell’alveo della fattispecie “causalmente muta” dell’adempimento del terzo (art. 1180 c.c.), non poteva accogliersi la domanda del *solvens* (tesa a riottenere la restituzione delle somme pagate al creditore), nonostante risultasse dimostrato l’avvenuto pagamento, ad opera del terzo, del debito altrui.

Ma l’interprete deve interrogarsi sulla portata del principio sancito dalla Suprema Corte e sulle conseguenze da esso discendenti.

Ed il quesito che sintetizza la domanda che il giurista deve porsi in proposito è il seguente: nell’ipotesi di adempimento del terzo, qualora sia provato l’avvenuto pagamento ad opera di quest’ultimo del debito altrui, ma non un titolo ed il relativo rapporto tra lui ed il debitore in virtù del quale il terzo ha adempiuto, può egli agire in rivalsa contro il debitore?

La risposta al quesito diviene quanto mai opportuna, visto e considerato che il principio di diritto sancito dalla Cassazione, applicato *sic et simpliciter*, potrebbe dar luogo a conseguenze suscettibili di essere criticate.

9. Per una soluzione alternativa: un’azione di rivalsa ex art. 1180 c.c.?

Ciò posto, potrebbe pensarsi ad una soluzione alternativa che muova dalla “valorizzazione” del dato positivo derivante dalla norma dell’art. 1180 c.c. nonché dalla lettura dei Principi di diritto europeo dei contratti, dai quali sembra possa trarsi la conclusione, precedentemente sottolineata⁽⁵¹⁾, secondo cui, affinché l’adempimento del terzo produca il suo tipico effetto estintivo (dell’obbligazione), è sufficiente che sia il debitore a consentirlo.

In tale ottica, va osservato che il debitore (Caio) non si è opposto (preventivamente o nel corso del rapporto), né, tanto meno, ha eccepito in giudizio di aver comunque manifestato la sua opposizione all’adempimento di Tizio; anzi, Caio ha profittato del pagamento effettuato da Tizio, che ha prodotto il suo tipico effetto estintivo dell’obbligazione.

Se quindi ha un senso sottolineare che la mancata opposizione all’adempimento del terzo, anche alla luce degli sviluppi giudiziari della vicenda in esame, potrebbe valere come una sorta di consenso “successivo” all’atto solutorio del terzo (producendo, quale conseguenza riflessa, quella di rendere la norma dell’art. 1180 c.c. in sé completa ed autonoma), ogni questione al riguardo dovrebbe ritenersi risolta in radice.

Infatti, in mancanza dell’esercizio del potere di opposizione del debitore e di una sua precisa eccezione sul punto, al *solvens* dovrebbe essere consentito, sulla sola circostanza dell’effettuato pagamento del quale il debitore ha beneficiato, di agire per ottenere la restituzione di quanto prestato sulla base di un’azione che trovi causa nella stessa fattispecie di

Si delinea
la possibilità
del terzo di agire
per ottenere
la restituzione
di quanto prestato
sulla base
di un’azione
ex art. 1180 c.c.

⁽⁴⁸⁾ In quest’ottica, va ricordato che è attuale il richiamo allo “abbandono” della teoria della fattispecie per privilegiare la prospettiva dell’effettività dei rimedi, in grado di fornire tutela concreta ai singoli interessi ed alle correlate situazioni giuridiche. Molto spesso, infatti, sembra accada che le “strette maglie” della fattispecie, soprattutto nel tempo presente in cui il diritto “domestico” deve integrarsi con fonti normative “etero statali”, non riescano più a soddisfare le nuove e diverse esigenze di tutela che reclamano protezione. Tale ragionamento può tornare illuminante anche nel caso in esame che, in quest’ambito problematico, pare risultare esempio “interno” della

crisi della fattispecie regolata dall’art. 1180 c.c. in relazione agli interessi del terzo adempiente rapportati con quelli del debitore.

In ordine ai rimedi latamente restitutori, cfr., da ultimo, GALLO, *Arricchimento senza causa e quasi contratti (i rimedi restitutori)*, in *Tratt. Sacco*, 2ª ed., Torino, 2008.

⁽⁴⁹⁾ In tali termini, A. TOMASSETTI, *op. cit.*, 505, per il quale «le conclusioni della Suprema Corte appaiono pienamente convincenti».

⁽⁵⁰⁾ Cass., 8.11.2007, n. 23292, cit.

⁽⁵¹⁾ V. *retro*, par. 3 e par. 4.

cui all'art. 1180 c.c. e del(i) congegno(i) ivi previsto(i).

Insomma, mancando l'opposizione del debitore (e l'eccezione di questi diretta a far valere l'intervenuta opposizione ed a paralizzare l'azione di rivalsa del terzo), non sarebbe a farsi parola – come affermato dalla giurisprudenza della Suprema Corte – di un problema di prova sull'esistenza di un rapporto sottostante tra terzo e debitore, potendo il terzo ottenere quanto pagato a beneficio del debitore in forza di un'azione *ex art. 1180 c.c.*

In questa prospettiva, la fattispecie di cui all'art. 1180 c.c. acquisterebbe una sua autosufficienza, permettendo, altresì, di perseguire una soluzione meglio accettabile su un piano di giustizia⁽⁵²⁾ sostanziale, che, peraltro, pare non contravvenire ad un ragionamento condotto alla luce dei principi generali.

Il richiamo corre al principio *invito beneficio non datur*⁽⁵³⁾ del quale sembra, in un certo qual modo (seppure in relazione alla facoltà concessa al creditore di rifiutare l'adempimento offertogli dal terzo), risultare espressione anche l'art. 1180, 2° co., c.c. e che viene salvaguardato proprio con la manifestazione di volontà del debitore di opporsi all'adempimento del terzo.

E ciò nel senso che l'opposizione del debitore, nell'ipotesi in cui venga manifestata durante il corso del rapporto (atteso che del tutto diverso sarebbe qualora fosse coeva alla nascita del debito, poiché, in tal caso, sarebbe pienamente rispettato il principio *invito beneficio non datur*)⁽⁵⁴⁾, rappresenta, comunque, manifestazione di una volontà contraria all'adempimento altrui che, se rende legittimo il rifiuto del creditore (all'adempimento del terzo), nello stesso tempo, seppure in via riflessa, non contravviene al principio che tutela la tendenziale "impermeabilità" della sfera giuridica del singolo.

Certo, potrebbe esserci qualcuno che ritenga una soluzione del genere il frutto di un uso diverso nelle scelte di c.d. "politica del diritto", nella misura in cui si tenderebbe a privilegiare l'interesse del terzo su quello (in conflitto) del debitore, "capovolgendo" un contemperamento dei contrapposti interessi già compiuto in fase nomogenetica dal legislatore.

Ma una tale obiezione potrebbe essere prevenuta sul terreno delle presunzioni, se si costruisse come

una presunzione *iuris tantum* la circostanza sul mancato esercizio del potere di opposizione da parte del debitore, tuttavia operante, pur sempre, sul presupposto della prova (gravante sul *solvens*) dell'avvenuto adempimento del terzo.

Del resto, nei Principi di diritto europeo dei contratti può rinvenirsi un'indicazione in tale direzione, dal momento che il rifiuto del creditore al pagamento del terzo è subordinato all'«interesse legittimo all'adempimento» di quest'ultimo.

Siffatto modo di ragionare, quindi, che riuscirebbe a superare le conseguenze applicative del principio pronunciato dalla Cassazione, condurrebbe ad esiti che appaiono degni di essere sottolineati, atteso che, nello stesso tempo: 1) "reinterpreterebbe" (si passi l'espressione), in una prospettiva *de iure condendo*, la fattispecie *ex art. 1180 c.c.*, recuperandola ad una sua propria autonomia; 2) conseguirebbe il fine di soddisfare esigenze di giustizia sostanziale⁽⁵⁵⁾ che, viceversa, sembrerebbero destinate a rimanere prive di uno strumento adeguato a perseguirle.

Ma per far ciò, bisognerebbe riconoscere, non tanto sotto un profilo logico, quanto su un piano squisitamente giuridico, un'azione di rivalsa del terzo *ex art. 1180 c.c.*, ossia per il fatto stesso dell'intervenuto e dimostrato adempimento del debito altrui. Allo stato dell'arte, però, il tutto pare risolversi in una disquisizione che non riesce a porre rimedio agli "inconvenienti" cui sembra condurre l'arresto giurisprudenziale della Suprema Corte.

10. Nasce una "nuova" ipotesi di obbligazione naturale?

Al fine di saggiare le ricadute pratiche del principio giurisprudenziale sancito dalla Cassazione, tornerà quindi utile rapportarlo ad un'ipotesi concreta – non certo di scuola – che la prassi potrebbe riservare.

Il pensiero va all'amico che, per mero spirito di amicizia, ma non certo al fine di arricchire (indirettamente) il debitore, paghi il debito del compagno (in difficoltà) e, in un secondo momento, decida di agire in giudizio per ottenere la restituzione di quanto pagato (di fronte all'ostinato diniego di quest'ultimo di rendere indietro il denaro).

Ebbene, facendosi applicazione del principio di diritto sancito dalla Suprema Corte, il terzo adem-

Facendosi applicazione del principio di diritto sancito dalla S.C., il terzo adempiente non avrebbe alcuno strumento giuridico per richiedere le somme pagate al creditore altrui

⁽⁵²⁾ Cfr. VETTORI, *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. privato*, 2000, 21 ss., che individua i caratteri delle nuove figure e regole che consentono di "disegnare" le relazioni tra il campo dell'autonomia privata ed il principio di giustizia.

⁽⁵³⁾ Il brocardo *invito beneficio non datur* è «espressione del principio generale dell'indipendenza, almeno tendenziale, delle sfere giuridiche individuali», come afferma R. CICALA, *L'adempimento indiretto del debito altrui. Disposizione "novativa" del credito ed estinzione dell'obbligazione nella teoria del negozio*, Napoli, 1968, 183 s., secondo il quale la disciplina della remissione del debito (art. 1236 c.c.), tutelando l'interesse del debi-

tore a non essere liberato mediante remissione (invece che l'interesse del debitore ad adempiere), risulterebbe un aspetto del generale interesse al rispetto della propria sfera giuridica (181 ss.).

⁽⁵⁴⁾ Cfr. GIORGIANNI, *op. loc. ult. cit.*

⁽⁵⁵⁾ Con riferimento all'autonomia privata, qualificata come «situazione di potere», Mar. NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano, 1975, 19, rileva, tra l'altro, la «esigenza di contemperare il principio di giustizia con quello di libertà attraverso la considerazione della posizione sostanziale dei contraenti».

piante non avrebbe alcuno strumento giuridico per richiedere le somme pagate al creditore altrui.

Infatti, il *solvens*, nella sostanza, seguendo quanto affermato dalla Cassazione – inquadrandosi un'ipotesi siffatta nella fattispecie dell'adempimento del terzo ex art. 1180 c.c. ed essendo estraneo alla vicenda ogni profilo probatorio, atteso che l'adempimento per mero spirito di amicizia non può (ovviamente) trovare giustificazione in qualche titolo che sia altro o diverso dalla semplice *affectio amici* – non avrebbe azione diretta ad ottenere il recupero dell'importo corrisposto (per l'amico).

Non sembra, dunque, si osservi qualcosa di molto lontano dal vero, affermandosi come il pronunciamento della Suprema Corte sia suscettibile di condurre ad esiti applicativi quanto meno discutibili.

D'altronde, il terzo adempie ed estingue un debito non suo e di questo vi è prova; riesce pertanto difficile comprendere il perché, pur mancando l'ulteriore prova del titolo e del rapporto sottostante tra lui ed il debitore, non gli sia concesso di agire in rivalsa verso quest'ultimo.

E la questione assume aspetti ancor più sconcertanti (e quasi paradossali) nel caso dell'amico.

Da questo punto di vista, volendo tentare una qualificazione giuridica del fenomeno, si tratterebbe di una sorta di obbligazione naturale, comportando l'adempimento del terzo, quale unico effetto, la c.d. *soluti retentio* che, nel contesto oggetto di esame, si specifica nella irripetibilità della prestazione, non solo nei confronti del creditore, ma anche del debitore (naturale)⁽⁵⁶⁾.

Per rendere l'idea, una – si passi l'uso dell'aggettivo – “duplice” *soluti retentio*, dove duplice sta ad indicare il doppio effetto di irripetibilità nei confronti dei due soggetti – debitore e creditore – fra i quali corre il rapporto di obbligazione naturale.

Dunque, irripetibilità della prestazione e del pagamento effettuato dal terzo, ma al di fuori dei limiti entro i quali il nostro ordinamento ritiene ammissibile l'obbligazione naturale e la sua singolare disciplina: non vi è, difatti, alcun dovere “morale” o “sociale” in forza del quale il terzo dovrebbe ritenersi tenuto ad eseguire un'attribuzione patrimoniale a favore del creditore di un soggetto al quale nulla lo lega, se non un (semplice) rapporto di amicizia.

A questo punto la domanda un po' “provocatoria” che sorge spontanea è: va riscritto l'art. 2034 c.c.? Se così dovesse essere, andrebbe aggiunto un ulteriore comma a tale articolo, con il quale si disciplinerebbe l'obbligazione naturale da adempimento del terzo.

Ma se così non fosse, si pone all'interprete il problema di spiegare come riuscire a fornire tutela ed azione al terzo adempiente a seguito delle possibili ricadute che le statuizioni della Cassazione in argomento sono suscettibili di generare, posto che non può trattarsi di una donazione⁽⁵⁷⁾ (foss'anche di modico valore)⁽⁵⁸⁾.

È pertanto inevitabile congedarsi con un interrogativo che, forse, pone più dubbi di quelli che si tentava di dissipare.

È nata una “nuova” obbligazione naturale? ■

La concreta applicazione del principio espresso dalla S.C. pone il dubbio che l'adempimento del terzo possa considerarsi come una “nuova” ipotesi di obbligazione naturale

⁽⁵⁶⁾ Problema diverso e già affrontato in dottrina è quello circa l'ammissibilità dell'adempimento del terzo in riferimento ad un'obbligazione naturale e quindi all'irripetibilità nei confronti del creditore della prestazione effettuata dal terzo (in argomento, cfr. Salv. ROMANO, *Note sulle obbligazioni naturali*, Firenze, 1945, 60 ss.; OPPO, *Adempimento e liberalità*, Milano, 1947, 350; GANGI, *Le obbligazioni*, Milano, 1951, 113; P. PERLINGIERI, *Le vicende dell'obbligazione naturale*, in *Studi in onore di Francesco Santoro-Passarelli*, III, Napoli, 1972, 715 ss.; MANZINI, *L'adempimento del terzo nelle obbligazioni naturali*, in *Giur. it.*, 1980, IV, 29 ss.).

⁽⁵⁷⁾ Osserva in proposito M. GIORGIANNI, *op. loc. ult. cit.*: «quando... la surrogazione non si attua, il debitore rimane liberato dalla sua obbligazione, e può essere tenuto verso il terzo solo in virtù di eventuali rapporti interni. Al riguardo, può avvenire che il terzo paghi *animus donandi*, e cioè per beneficiare il debitore: si avrà allora una donazione indiretta. Nel caso in cui non vi è nessun rapporto precedente, volontario o legale, né un *animus donandi*, si discute della sorte dei rapporti fra terzo *solvens* e debitore, e cioè delle azioni che competono al primo, facendosi ricorso alla figura della gestione di affari altrui o all'azione di ingiustificato arricchimento».

⁽⁵⁸⁾ Anzitutto, vi è assenza della forma prescritta che comporta addirittura la nullità della donazione. Inoltre, non può trattarsi di una donazione di modico valore (art. 783 c.c.), per una serie di ragioni: 1) bisognerebbe presumere l'*animus donandi* del terzo; 2) la *traditio* del bene (somma di denaro) che dovrebbe perfezionare la donazione non viene effettuata nelle mani del donatario-debitore, bensì di altro soggetto (creditore), sicché occorrerebbe una buona dose di fantasia per ritenere questa alla stregua di una consegna “spiritualizzata”; 3) la donazione manuale ha un limitato margine applicativo, come testimoniato dalla dottrina (sul punto, cfr. P. TRIMARCHI, *L'arricchimento senza causa*, Milano, 1962, 12 s., il quale osserva che «nell'ordinamento italiano... ove la prestazione abbia per oggetto il trasferimento di una somma di danaro o di una cosa determinata, la ripetizione deve essere sempre ammessa. Infatti, se la ripetizione venisse esclusa ove la prestazione sia stata compiuta con la consapevolezza che essa era senza causa, ciò implicherebbe per il donante la possibilità di sanare i vizi di forma della donazione attraverso l'esecuzione di essa. In altre parole: implicherebbe sempre la validità della donazione manuale, in contrasto con l'art. 783 c.c., che la limita ai casi in cui la donazione sia di modico valore»).